

DECISÃO: Trata-se de pedido, ajuizado pelo Estado do Rio de Janeiro, para sustar os efeitos das seguranças e liminares deferidas pelo Tribunal de Justiça do referido Estado, nos autos dos Mandados de Segurança n°s 2007.004.00516, 2004.004.02079, 2008.004.01527, 2008.004.00253, 2008.004.01405, 2008.004.00280, 2008.004.00228, 2008.004.01517 e 2008.004.00696, mediante as quais se sobrestou a exigibilidade do ICMS incidente sobre o fornecimento de energia elétrica e sobre o serviço de telecomunicações naquilo em que excedesse a alíquota de 18% (dezoito por cento).

Segundo consta no pedido de suspensão, as empresas impetraram mandados de segurança perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro para afastar a incidência da cobrança do percentual de 25% (vinte e cinco por cento), referente ao ICMS sobre os serviços de telecomunicações e de fornecimento de energia, pugnando-se pelo pagamento da alíquota genérica de 18% (dezoito por cento). Sustentavam as empresas impetrantes que os serviços são essenciais e não serviços supérfluos, o que violaria o art. 155, § 2º, III, da CF/88 (princípio da seletividade).

O Tribunal estadual deferiu as liminares formuladas nos Mandados de Segurança n°s 2008.004.01527, 2008.004.00280 e 2008.004.00696, bem como concedeu as seguranças, nos autos registrados sob os n°s 2007.004.00516, 2004.004.02079, 2008.004.00253, 2008.004.01405, 2008.004.01517 e 2008.004.00228. Transcrevo os fundamentos deste último julgado atacado, que elucidam bem a controvérsia:

“Da análise da questão, verifica-se que a alíquota de 25% (vinte e cinco por cento) estabelecida no art. 14, VI, “b” e VIII, “g”, da Lei Estadual 2.657/96, regulamentada pelo Decreto 27.427/00, fere o princípio da seletividade insculpido no art. 155, § 2º, III, da CF/88, a determinar que ela se dará ‘em função da essencialidade das mercadorias e serviços’.

Cabe ressaltar, que a seletividade é o princípio constitucional pelo qual a intensidade da tributação será inversamente proporcional à essencialidade dos bens tributados.

(...)

Assim, a Constituição Federal, buscando desonerar o contribuinte de fato, confere ao legislador estadual a faculdade de adotar a seletividade.

Entretanto, uma vez adotada, ela deve levar em conta a essencialidade das mercadorias e serviços para estabelecer a alíquota, sob pena de fixar percentuais inconstitucionais. Não se pode, portanto, levar em conta para aplicação do conceito de essencialidade a quantidade de consumo.

A referida lei estadual e seu regulamento fixaram alíquotas para o fornecimento de energia elétrica e para a prestação de serviços de telecomunicações em percentuais superiores aos estabelecidos para chope e cerveja (17% - art. 14, XXIII, idem) e aguardente (17% - art. 14, XXIV, idem).

Dessa forma, está a decisão do E. Órgão Especial que, ao apreciar a arguição de inconstitucionalidade nº 2005.017.00027, declarou, por unanimidade, a inconstitucionalidade dos incisos VI, item 2, e VIII, item 7 do art. 14 do Decreto 27.427/00:

'Arguição de Inconstitucionalidade. Artigo 2, inciso I do Decreto nº 32.646 do ano de 2003 do Estado do Rio de Janeiro, que regulamenta a Lei Estadual nº 4.056/2002 que instituiu o Fundo Estadual de Combate à Pobreza e às Desigualdades Sociais. Superveniência da Emenda Constitucional n. 42, de 19/12/2003, que validou, em seu Artigo 4º, os adicionais criados pelos Estados em função da EC n. 31/2000, mesmo aqueles em desconformidade com a própria Constituição. Impossibilidade de se reconhecer a inconstitucionalidade do Decreto nº 32.646 de 2003. Precedente do STF. Artigo 14, VI, item 2, e VIII, item 7 do Decreto nº 27.427 do ano de 2000 do Estado do Rio de Janeiro, que fixa a alíquota do ICMS incidente sobre os serviços de energia elétrica e telecomunicações. Desatenção aos princípios constitucionais da seletividade e essencialidade, dispostos no Artigo 155, § 21º da CRFB. Inconstitucionalidade reconhecida. Arguição parcialmente procedente. 2005.017.00027 - ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. DES. ROBERTO WIDER - Julgamento: 27/03/2006 - ÓRGÃO ESPECIAL.'

Modificar o entendimento emanado do órgão de cúpula da Corte afrontaria o disposto no art. 103 do Regimento Interno, cujo comando determina a vinculação de todos os demais órgãos do Tribunal à decisão protocolada naquele feito.

Portanto, a questão posta nos autos cinge-se em saber se a decisão da Corte está sendo respeitada. E, nesse contexto, a resposta é negativa, restando patente a ilegalidade, pois o Fisco continua a fazer a cobrança do ICMS sobre o serviço de energia elétrica à alíquota de 25% que, somada ao percentual de 5% relativo ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da

Pobreza instituído pela Lei 4056/2002, resulta numa alíquota total de 30%.

Decotada a parcela considerada inconstitucional da exação, deve haver a redução para a alíquota geral de 18% prevista no decreto regulamentador, sem embargo de eventual incidência do percentual relativo ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.

(...) Outrossim, CONCEDE-SE PARCIALMENTE A ORDEM para determinar a incidência da alíquota genérica prevista no Regulamento do ICMS.

Ante esses pronunciamentos judiciais, o Estado do Rio de Janeiro ajuíza o presente pedido de suspensão de segurança, sustentando, em síntese, grave lesão à ordem e à economia públicas e a possibilidade de ocorrência do denominado "*efeito multiplicador*".

Afirma o requerente que, uma vez deferida a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, as empresas distribuidoras de energia elétrica e serviços de comunicação deixaram imediatamente de pagar o ICMS nos termos da legislação em vigor, acarretando lesão à ordem pública.

Quanto ao argumento de grave lesão à economia pública, o requerente traz à colação ofício expedido pela Secretaria de Estado da Fazenda, mediante o qual noticia a perda anual, relativa às áreas de energia e comunicação, de R\$ 1.451.439.000,00 (um bilhão, quatrocentos e cinquenta e um milhões, quatrocentos e trinta e nove mil reais), acarretando graves prejuízos às finanças estaduais, com repercussões gravosas na adequada prestação dos serviços públicos, sobretudo ante a possibilidade de ajuizamento de ações sobre o mesmo tema por inúmeros outros interessados.

A empresa Barcelos e Cia Ltda e Filiais, impetrante do MS 2008.004.00228, ora interessada, apresentou memoriais à Presidência desta Corte, nos quais se noticia a efetivação de depósitos judiciais referentes à diferença de 7% (sete por cento) de alíquota de ICMS sobre os serviços de energia elétrica e de telecomunicações,

sustentado, assim, a inexistência de risco à economia pública. Com esse dado, pleiteia o indeferimento do pedido de suspensão formulado pelo Estado do Rio de Janeiro.

Decido.

A base normativa que fundamenta o instituto da suspensão (Leis 4.348/64, 8.437/92, 9.494/97 e art. 297 do RISTF) permite que a Presidência do Supremo Tribunal Federal, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, suspenda a execução de decisões concessivas de segurança, de liminar ou de tutela antecipada, proferidas em única ou última instância, pelos tribunais locais ou federais, quando a discussão travada na origem for de índole constitucional.

Assim, é a natureza constitucional da controvérsia que justifica a competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar o pedido de contracautela, conforme a pacificada jurisprudência desta Corte, destacando-se os seguintes julgados: Rcl-AgR 497, Rel. Carlos Velloso, *DJ* 6.4.2001; SS-AgR 2.187, Rel. Maurício Corrêa, *DJ* 21.10.2003; e SS 2.465, Rel. Nelson Jobim, *DJ* 20.10.2004.

Nos mandados de segurança originários, discute-se a aplicação do princípio da seletividade, previsto no art. 155, §2º, III, da Constituição Federal. Não há dúvida, portanto, de que a matéria discutida na origem reveste-se de índole constitucional.

Feitas essas considerações preliminares, passo à análise do pedido, o que faço apenas e tão-somente com base nas diretrizes normativas que disciplinam as medidas de contracautela. Ressalte-se, não obstante, que, na análise do

pedido de suspensão de decisão judicial, não é vedado ao Presidente do Supremo Tribunal Federal proferir um juízo mínimo de deliberação a respeito das questões jurídicas presentes na ação principal, conforme tem entendido a jurisprudência desta Corte, da qual se destacam os seguintes julgados: SS-AgR 846, Rel. Sepúlveda Pertence, DJ 29.5.96; SS-AgR 1.272, Rel. Carlos Velloso, DJ 18.5.2001.

O art. 4º da Lei 4.348/64 autoriza o deferimento do pedido de suspensão de segurança concedida nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento da pessoa jurídica de direito público interessada, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

No presente caso, restou demonstrada a existência de grave lesão à ordem pública, em sua acepção jurídico-administrativa, tendo em vista que a redução da alíquota de ICMS incidente sobre o fornecimento de energia elétrica e sobre os serviços de telecomunicação, de 25% (vinte e cinco por cento) para 18% (dezoito por cento), é apta a afetar a prestação, pelo requerente, de serviços públicos essenciais, considerando a relevância da arrecadação desse tributo para o orçamento estadual.

Verifica-se, na espécie, o denominado "efeito multiplicador", consubstanciado no risco de proliferação de demandas idênticas, haja vista a existência de inúmeros outros contribuintes em situação análoga à dos impetrantes.

Não se pode olvidar que a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal tem adotado, para fixar o que se deve entender por ordem pública no pedido de suspensão, entendimento formado ainda no âmbito do Tribunal Federal de Recursos, a partir do julgamento da SS

4.405, Rel. Néri da Silveira. Segundo esse entendimento, estaria inserto no conceito de ordem pública o conceito de ordem administrativa em geral, concebida esta como a normal execução dos serviços públicos, o regular andamento das obras públicas, o devido exercício das funções da Administração pelas autoridades constituídas.

Assim, representa grave lesão à ordem pública o provimento judicial que obstaculiza ou dificulta o adequado exercício dos serviços pela Administração Pública.

Revela-se também evidente o risco de grave lesão à economia pública, tendo em vista que, nos termos do relatório produzido pela Superintendência de Arrecadação da Secretaria de Estado de Fazenda do Estado do Rio de Janeiro (fls.11-15), a exclusão dessa fonte orçamentária acarretaria uma redução aproximada na receita anual do requerente de R\$ 1.451.439.000,00, dos quais R\$ 659.969.000,00 são relativos aos serviços de energia elétrica e R\$ 755.470.000,00 referem-se aos serviços de telecomunicações (dados baseados no exercício fiscal de 2006).

Desse modo, em virtude da supressão dessa receita, será necessário o contingenciamento de recursos de outras áreas, com o potencial desequilíbrio das finanças estaduais. Em casos semelhantes, tenho me manifestado pela existência de grave lesão à ordem e à economia públicas, a exemplo da decisão na SS nº 3.498-7/RJ e SS nº 3.717-0/RJ, todas de minha relatoria, *DJ* 22.10.2008 e *DJ* 3.2.2009, respectivamente. Nesse sentido, destaco as seguintes decisões da Presidência deste Supremo Tribunal Federal: SS 2929, Rel. Ellen Gracie, *DJ* 02.08.2007; SS 3473, Rel. Ellen Gracie, *DJ* 01.02.2008.

Cumpra ressaltar que o eventual depósito judicial das quantias controversas, referentes à diferença de 7% (sete por cento) de alíquota de ICMS sobre os serviços de energia elétrica e de telecomunicações, pode não representar, em princípio, grave lesão à ordem e à economia pública, diante de sua previsão legal como causa suspensiva da exigibilidade do crédito tributário, desde que cumpridos todos os requisitos legais (art. 151, II do CTN). Entretanto, isto não é passível de averiguação no âmbito deste pedido de suspensão, pois a decisão impugnada sequer debate esta questão e, ainda que assim fosse, caberia ao juízo originário averiguar a questão.

Por fim, esclareço que não compete à Presidência deste Supremo Tribunal Federal, em sede de suspensão de segurança, eventual análise acerca da constitucionalidade da alíquota de ICMS incidente, no Estado do Rio de Janeiro, sobre o fornecimento de energia elétrica ou sobre o serviço de telecomunicações. Isso porque, conforme reiterada jurisprudência desta Corte, não é cabível, nesta sede processual, exame aprofundado da matéria de mérito analisada na origem.

Ante o exposto, defiro o pedido para suspender os efeitos das decisões de mérito e liminares concedidas, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos Mandados de Segurança nº 2007.004.00516, 2004.004.02079, 2008.004.01527, 2008.004.00253, 2008.004.01405, 2008.004.00280, 2008.004.00228, 2008.004.01517 e 2008.004.00696.

Comunique-se.

Publique-se.

Após o trânsito em julgado, arquivem-se os autos.

Brasília, 14 de abril de 2009.

Ministro **GILMAR MENDES**
Presidente